

CARÁTER NORMATIVO (VALIDADE) DAS REGRAS PROGRAMÁTICAS: UM ENSAIO INTRODUTÓRIO

Ubiratan de Couto Mauricio
Juiz federal em PE e professor da UNICAP

Sumário: Introdução. Título I - Abordagem Propedêutica. Capítulo único - Normas programáticas. 1. Origem remota. 2. Origem próxima. 3. Posição atual à luz da doutrina brasileira. 4. Conceito. Título II - Caráter normativo (Validade) das regras programáticas. Capítulo I - Posição jusfilosófica de Alf Ross. 1. Metodologia. 2. Norma jurídica. 3. Validade, vigência e eficácia. 4. Graus de vigência (validade). 5. Direito vigente sem efetividade. 6. Aplicação das teorias às normas programáticas. Capítulo II - Posição jusfilosófica de Hans Kelsen. 1. Metodologia. 2. Norma jurídica. 3. Direito: ordem coativa. 4. Normas não-autônomas. 5. Validade. 6. Vigência. 7. Eficácia. 8. Validade/eficácia. 9. Indeterminação das normas. 10. Aplicação da posição kelseniana às normas programáticas. Capítulo III - Posição jusfilosófica de H. L. A. Hart. 1. Metodologia. 2. Aspectos interno e externo das regras. 3. Regras primárias e secundárias. 4. Regras de reconhecimento e validade. 5. "Standards". 6. Aplicação da teoria às normas programáticas. Capítulo IV - Posição jusfilosófica de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. 1. Metodologia. 2. Norma jurídica. 3. Validade. 4. Técnicas de validação. 5. Efetividade. 6. Imperatividade. 7. Sistema normativo aberto. 8. Aplicação da teoria às normas programáticas. Considerações finais. Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O enunciado semântico de cada termo que forma a expressão-título deste trabalho, por si só, já revela noções conceituais bastante tormentosas para a teoria geral do direito. Se assim o é, o que se poderá dizer da abordagem, à luz da doutrina, do que se constitui como caráter normativo (validade) das normas programáticas?

Enfrentar-se-á o tema, metodologicamente, a partir dos filósofos do direito Hart, Kelsen, Ross e Tércio Ferraz. À luz do pensamento jurídico desses

filósofos, como ensaio introdutório, serão realçados os enfoques mais relevantes que o assunto enseja.

Título I
ABORDAGEM PROPEDÊUTICA
Capítulo único

NORMAS PROGRAMÁTICAS

1. Origem remota

A “vexata questio” da classificação das normas, no plano da teoria geral do direito, vem sendo enfrentada pelos estudiosos com o propósito de elucidar, sobretudo, a imperatividade das mesmas. Foge ao objetivo deste ensaio dissertar sobre todas as teorias que se propuseram explicar como o imperativo das normas se manifesta. Entretanto, não se pode deixar de fazer alguma referência, ainda que breve, ao critério jurídico-metodológico da eficácia jurídica das normas, tomado como ponto de partida pelos juristas para explicitação do fenômeno, vez que partindo da eficácia é que a doutrina firmou o conceito de normas programáticas.

Em considerando, pois, que a eficácia de uma norma é sua possibilidade de produção de efeitos jurídicos – aspecto intimamente relacionado com sua aplicabilidade, portanto – a jurisprudência e a doutrina norte-americanas distinguiram as normas constitucionais em “self- executing provisions” e “not self-executing provisions”, traduzidas para o nosso idioma, respectivamente, como normas auto-aplicáveis ou auto-executáveis, ou aplicáveis por si mesmas ou, ainda, bastantes em si e normas não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis, ou não auto-executáveis por si mesmas, ou ainda, não bastantes em si. As primeiras são desde logo aplicáveis, porque dotadas de eficácia jurídica em plenitude, por disciplinarem, de forma direta, as matérias objeto que regulam. A aplicabilidade das segundas, por sua vez, depende de ulteriores leis ordinárias integrativas.

A distinção levada a efeito surgiu da constatação de que as constituições albergam normas, princípios e regras de caráter geral que serão convenientemente desenvolvidas e aplicadas pelo legislador ordinário.

Em que pese a procedência desta posição, também conhecida por clássica, sugere esta teoria, sem dúvida, a existência, nas constituições, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, o que a torna insustentável, tendo em vista

que todas as disposições constitucionais têm força imperativa vinculante para os seus destinatários.

2. Origem próxima

Em função da insustentabilidade da teoria clássica norte-americana, a jurisprudência e a doutrina italianas, após superadas as divergências internas, elaboraram uma classificação das normas constitucionais, a partir, também, da eficácia jurídica. Três espécies de disposições constitucionais foram identificadas: a) normas diretivas ou programáticas, dirigidas essencialmente ao legislador; b) normas preceptivas, obrigatórias, de aplicabilidade imediata; c) normas preceptivas, obrigatórias, mas não de aplicabilidade imediata.

As disposições diretivas ou programáticas não trazem em seu bojo qualquer preceito concreto, porém delas emanam diretivas ao legislador futuro, e não fica excluída, de forma absoluta, a possibilidade de que sejam postas leis dissonantes delas, como também não afetam leis preexistentes. As preceptivas de aplicabilidade imediata compreendem comandos jurídicos de aplicação direta e imediata, tornam inválida qualquer lei contrária e alteram ou ab-rogam as anteriores que dela discordem. As normas preceptivas de aplicabilidade direta, mas não imediata, por terem necessidade de outras disposições integrativas, invalidam novas leis infringentes, porém, enquanto dura sua aplicação, não atingirão a eficácia das leis anteriores.

Em que pese o objetivo desta corrente, de reelaborar a concepção da teoria clássica norte-americana, incorre no mesmo erro desta, vez que, basicamente, calca-se na diferença entre normas constitucionais jurídicas e não jurídicas, pelo que é, também, insustentável. Disposições exclusivamente diretivas inexistem nas cartas constitucionais, vez que toda norma constitucional tem imperatividade, mesmo as permissivas. O mero fato de qualquer disposição ser inscrita na constituição, confere natureza de norma imperativa, não se podendo, sequer, duvidar de sua juridicidade, nem de seu valor normativo. Toda norma constitucional é sempre executável por si mesma, até onde possa, até onde é suscetível de execução. A “questio” ubica-se na determinação desse limite, na constatação fática de quais os possíveis efeitos de cada uma.

É nesta fase que é dado a conhecer uma categoria de normas que recebem o “nomen iuris” de *programáticas*.

3. Posição atual à luz da doutrina brasileira

Entre nós o tratadista da matéria é José Afonso da Silva¹. Como ponto de partida, deixa bem claro que inexistente norma constitucional destituída de eficácia,

¹ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.

o que não o impede de reconhecer que a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo legislador constituinte até que não sejam emitidas ulteriores normas que lhes integrem. Assim, centra sua divisão visando classificar as normas constitucionais procurando diferenciá-las tão só quanto ao grau de seus efeitos jurídicos.

Nesta linha de raciocínio é a sua classificação: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

Normas de eficácia plena são aquelas que, tão logo vigentes, produzem todos os efeitos essenciais (ou têm possibilidade de produzi-los), em virtude de que todos os objetivos desejados pelo constituinte incidem direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto, pelo que são de aplicabilidade direta, imediata e integral sobre os interesses-objeto de sua regulamentação jurídica.

Já as normas de eficácia contida são aquelas que também incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos desejados. Mas prevêem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias, pelo que são de aplicabilidade direta, imediata, mas não integral, porque sujeitas a restrições previstas ou dependentes de regulamentação que limite sua eficácia e aplicabilidade.

Nas normas de eficácia limitada ou reduzida, a aplicabilidade se apresenta diversamente, de uma vez que não produzem, com a vigência, todos os seus efeitos essenciais, tendo em vista que o constituinte, por qualquer motivo, não estabelece sobre a matéria normatividade para isso suficiente, deixando tal mister ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado, razão pela qual são de aplicabilidade direta, imediata e reduzida, porque só incidem totalmente sobre esses interesses, após normatividade ulterior que lhes desenvolve a eficácia, apesar de terem incidência reduzida e produzirem outros efeitos não essenciais, não dirigidos aos valores-fins da norma, mas, apenas, a certos valores-meios e condicionantes.

As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, por sua vez, subdividem-se em a) normas de princípio institutivo e b) normas constitucionais de princípio programático. Por aquelas o legislador constituinte traça esquemas gerais, um como que início de estruturação de instituições, órgãos ou entidades, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, como, por exemplo, a que dispõe que “a criação de Estados e Territórios dependerá de lei complementar”. Quanto às normas constitucionais de princípio programático, ou mais abreviadamente, normas programáticas, tratar-se-á a seguir.

4. Conceito

O embate entre liberalismo capitalista e o intervencionismo socializante travado na ordem social tem influenciado bastante as constituições contemporâneas. Estas têm se constituído “documentos jurídicos de compromisso”² para com uma daquelas correntes de pensamento social, no sentido da consagração, nos textos constitucionais, de seus princípios de direitos econômicos e sociais, em forma de normas jurídicas. São estas que constituem as normas constitucionais de princípios programáticos, historicamente conhecidas a partir da Constituição de Weimar de 1919, que se fazem ressoar nas Constituições brasileiras a partir de 1934.

A abordagem metodológica do fenômeno impõe, em primeiro lugar, a delimitação do conceito das normas programáticas. Para ficar só adstrito à doutrina brasileira há necessidade de recordar o entendimento de nossos melhores juristas.

Ruy Barbosa as conceituou como “largas sínteses, sumas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o ‘subtractum’ de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes, a uma característica, a uma indicação, a um traço. Ao legislador cumpre, ordinariamente, revestir-lhes a ossatura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade de ação”.³

Para Pontes de Miranda, “regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à função legislativa”⁴.

Na respeitável posição, inegavelmente, de melhor tratadista da matéria, José Afonso da Silva concebe como “programáticas, aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.”⁵

² SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p.129.

³ BARBOSA, Ruy (apud Silva, José Afonso da, 1968, p. 66)

⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. Tomo 1, p.126-127.

⁵ SILVA, José Afonso da, *op. cit.*, p.132.

Das posições elencadas ressalta, de pleno, a idéia central de normas que não têm força suficiente para se aplicarem integralmente, sendo acolhidas em princípio, como ditame, como diretiva, como programa a ser realizado pelo Estado, por meio de seus órgãos. Vale dizer, princípio de hierarquia constitucional, que informe toda a atividade dos fins estatais a serem atingidos, princípio de ordem constitucional, portanto.

Exemplos de normas programáticas, entre outras, são as disposições constitucionais que asseguram aos trabalhadores direitos que visem à melhoria de sua condição social, as que conferem à família direito à proteção pelos poderes públicos, as que asseguram o dever do Estado de amparar a cultura.

Pode-se dizer, como deflui dos exemplos trazidos à colação, que o objeto das normas programáticas é a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: justiça social, proteção aos trabalhadores, amparo à família, estímulo à cultura etc. Portanto, interesses sociais dos membros da ordem jurídica é que são objeto das normas programáticas.

Importante frisar que, mesmo como portadora de eficácia limitada ou reduzida, produzem, inegavelmente, efeitos jurídicos. E a primeira idéia de produção de efeitos jurídicos está relacionada com o aspecto de sua vinculação aos destinatários, afastada desde já, repetindo, a pretensão de considerá-la como mero princípio. Que se trata de princípio é inquestionável, mas não é só um princípio. É um princípio que tomou a forma e os atributos de uma norma jurídica válida, eis que inserida na constituição. Elas são normas jurídicas, porque emanadas por órgãos competentes legítimos. Regulam comportamentos públicos destinados a incidir sobre matérias que lhes são objeto, sendo, por isso, vinculantes. Vinculantes porque limitam a atividade dos órgãos legislativos, executivos e jurisdicionais do Estado, no sentido de que cerceiam as autoridades, “que, no assunto programado, não podem ter outro programa”⁶, razão por que os órgãos públicos, ao cuidarem da matéria, enunciada programaticamente, só podem tratá-la dentro da esfera, da área, da pauta, do esquema, da moldura, da diretriz, do ditame fixado constitucionalmente.

Assim é, em linhas gerais, o regime jurídico das normas programáticas, tal como admite o direito positivo. Mas não é este o problema a ser aqui enfrentado. As considerações aqui apressadamente, grosso modo, delineadas, são apenas o substrato mínimo indispensável para enfrentar o antecedente da “questio” central do presente trabalho.

⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de *op. cit.*, p.127.

Título II
CARÁTER NORMATIVO (VALIDADE) DAS REGRAS
PROGRAMÁTICAS
Capítulo I

POSIÇÃO JUSFILOSÓFICA DE ALF ROSS

1. Metodologia

O ponto central do pensamento de Ross é a fixação do conceito de direito vigente e suas conseqüências. Para isso, não comunga com a maioria dos filósofos do direito que sustentam que a noção de direito vigente só pode ser explicada a partir da metafísica. De uma perspectiva metafísica, o direito não é apenas um fenômeno empírico, não é algo que possa ser observado só no plano fático, do ser, vez que sua noção de validade é puro conceito de razão, que exige uma explicação metafísica. Este postulado não é considerado por Ross, que se serve, ao fundamentar sua posição, de elementos extraídos da ordem do ser, do plano fático, de experiência. Este dado é a efetividade, no sentido de que o estabelecimento do conceito de validade do direito depende de uma correspondência com a realidade empírica dos comportamentos humanos regulados.

2. Norma jurídica

Antes de enfrentar o âmago do pensamento do autor, é necessário precisar a noção de norma jurídica tal como é por ele vislumbrada, vez que, como conceito instrumental, dela aqui se utilizará na abordagem do aspecto da validade do direito.

Na visão de Ross norma jurídica não se confunde com proposição doutrinária. São categorias diferentes. A primeira é uma diretiva (alógica); a segunda é uma asserção (lógica) que explicita que certa diretiva é direito válido. Norma jurídica, pois, é uma diretiva. Ou, noutras palavras, uma diretiva é que constitui o conteúdo da norma jurídica. Se a norma é uma diretiva, há de ser diretriz para alguém, para algum destinatário. Este destinatário é o juiz ou tribunal, entendido “el termo ‘juez’ em sentido amplo, capaz de denotar entes jurídicos administrativos”⁷. A sentença judicial, por sua vez, constitui, em potencial, o exercício da força física contra quem não acatá-la. Segue-se, portanto, que as normas jurídicas são diretivas que concernem, em última análise, à determinação de con-

⁷ ROSS, Alf (apud Ramón Capella, Juan, 1968, p. 115)

dições sob as quais se deve exercer a força através do aparato do Estado, ou mais sucintamente, normas jurídicas são diretivas que regulam o exercício da força pelos tribunais.

Divide Ross as normas jurídicas, segundo o seu conteúdo imediato, em normas de conduta e normas de competência. As normas de conduta prescrevem uma certa linha de ação e as normas de competência dispõem que as regras estabelecidas segundo um dado procedimento serão consideradas normas de conduta. Uma norma de competência é, pois, uma norma de conduta indiretamente expressada. Quer de conduta, quer de competência, a norma é sempre uma diretiva ao juiz ou tribunal, mesmo que assim não seja linguisticamente formulada. A diretiva a um particular só se apresenta desde que ela seja entendida como norma jurídica derivada ou norma jurídica em sentido figurado.

3. Validade, vigência e eficácia

Por eficácia a doutrina tem se referido como a possibilidade de produção dos efeitos jurídicos da norma. A norma, como visto, é uma diretiva para o juiz. Em assim sendo, para ser eficaz há de ser efetivamente aplicada pelo juiz. Em que pese não se ter, aqui, examinado a fundo a noção de eficácia, impõe-se analisar, a esta altura, o conceito de vigência do direito, como Ross o admite: “derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efetivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (experienced and felt) como socialmente obligatorias”⁸.

À exata compreensão de “direito vigente”, necessário se faz, antes, uma elucidação, à luz de Ross, da expressão “fenômenos del derecho en acción” utilizada pelo conceituante em outra passagem⁹: quer dizer os fatos condicionantes de aplicação do direito, como fenômenos jurídicos em sentido amplo, ou direito em ação, que só terão a significação específica de atos jurídicos, se à luz de uma interpretação ideológica feita pelos juízes, transformarem-se em fatos jurídicos em sentido restrito, vale dizer, em direito aplicado pelos tribunais. Daí a razão de, para Ross, o direito como um todo ser considerado como algo que consiste em fenômeno jurídico e em normas jurídicas. As normas jurídicas, como diretivas, fornecem aos juízes os fatos condicionantes da aplicação, isto é, as condições,

⁸ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Traducción de Genaro R. Carrió. 4. ed. Buenos Aires : Eudeba, 1977. p.18.

⁹ ROSS, Alf, *op. cit.*, p. 35.

para transmutação dos fenômenos jurídicos em sentido amplo (direito de ação) em fenômenos jurídicos em sentido restringido (direito aplicado). Enquanto fenômeno jurídico em sentido amplo, eles existem na realidade social. Aplicados pelo destinatário da diretiva normativa, adquirirão o “status” de atos jurídicos ou fenômenos jurídicos em sentido específico (direito aplicado).

Em vista de o autor repelir o posicionamento metafísico para explicação do direito e pautar sua posição fundamentando-se em dados da realidade dos fatos, da experiência fático-social – ordem do ser, portanto – a noção de validade é encontrada por uma redução do *válido* ao *vigente*, se bem que Ross expressamente assim não se refira. Mas é o que se depreende, por compreensão sistemática. E assim o é, porque validade é um conceito da razão não podendo ser empiricamente explicado. Essa redução do *válido* ao *vigente* é coerente com todo seu posicionamento. Nestes termos uma norma é válida se ela é direito vigente.

Restringida a validade à vigência da norma, cumpre aludir a eficácia. Posto este esclarecimento, pode-se retornar ao conceito de direito vigente, considerando doravante que normas jurídicas são diretivas de idéias normativas, existentes “in abstracto”, com a finalidade de servirem, aos juízes e tribunais, de esquemas de interpretação dos fenômenos jurídicos em sentido amplo (direito em ação). Assim, para Ross, a norma jurídica só se constituirá em direito vigente na medida em que for, pelo seu destinatário, juiz ou tribunal, efetivamente obedecida e vivida como socialmente obrigatória.

Ora, se eficácia, pela doutrina tradicional, é a possibilidade de produção dos efeitos jurídicos da norma e se a norma para ser eficaz há de ser aplicada e, ainda, se direito vigente é a norma efetivamente aplicada pelos juízes ou tribunais, infere-se, logicamente, que a eficácia (ou efetividade) é condição necessária, porém não suficiente, para configuração do direito vigente. Só é direito vigente o que for efetivamente aplicado pelos tribunais. A efetividade é condição não suficiente, porque outra exigência é feita por Ross para se constituir em direito vigente: a crença de que a norma é socialmente obrigatória. Crença dos destinatários da diretiva normativa, ressalte-se. O conceito de direito vigente reúne, pois, dois elementos: um observável externamente, a efetividade da norma; outro, interno, a consciência de aplicação da norma como socialmente obrigatória.

A vida espiritual do juiz, o efeito psicológico da ideologia das normas no tribunal, passam a ser ponto vital na determinação de saber se uma norma é vigente, o que evitará a possibilidade de que a observação externa da conduta

judicial (aplicação pura e simples, tão somente) ,determine, por si só, o direito vigente. O *teste* da vigência, como alude Ross¹⁰, é a capacidade de predizer decisões judiciais.

4. Graus de vigência (validade)

A vigência, para Ross, admite uma graduação, que variará com o grau de probabilidade da predição de que a norma será aplicada.

Tem-se alta probabilidade e a norma corresponde a um alto grau de vigência, quando a predição se calca em precedentes normativos indiscutíveis, ou em unânime interpretação de disposição legal. Em extremo, ocorre pequena probabilidade e a norma corresponde a um grau menor de vigência se a predição apóia-se em um só e duvidoso precedente, em argumento de boa razão ou mero princípio.

5. Direito vigente sem efetividade

Ross admite, taxativamente, que uma norma jurídica se caracterize como direito vigente, mesmo que não tenha sido, ainda, efetivamente aplicada pelos destinatários da diretriz normativa. Isso ocorre, excepcionalmente, quando se trata de norma promulgada recentemente, em havendo razões para predizer da efetividade futura. Só que Ross não fornece nenhum subsídio que aclare que *razões* são essas.

6. Aplicação da teoria às normas programáticas

As normas programáticas, considerando-as a partir do conceito esboçado, podem ter o seu caráter normativo explicado pela teoria de Alf Ross nos seguintes aspectos:

1 - Como norma jurídica que fixa uma diretiva para o juiz ou tribunal, no sentido de servir de esquema de interpretação dos fenômenos jurídicos em sentido amplo. Isso se aplica às normas programáticas, na medida em que elas também têm como destinatários os juízes ou tribunais e que estes não podem interpretar os casos que lhes forem submetidos de forma diferente da programada, isto é, têm que ficar adstritos ao princípio programático consagrado no esquema.

2 - Como norma jurídica, segundo o conteúdo, como norma de conduta. Adequa-se, nesse tópico, às normas programáticas, que traçam uma linha de ação para os órgãos do Estado.

¹⁰ ROSS, Alf, *op. cit.*, p. 34.

3 - Como direito vigente. Assim podem ser consideradas as normas programáticas, enquanto sejam efetivamente aplicadas pelos destinatários normativos, com a crença (obedecida e vivida) de serem socialmente obrigatórias.

4 - Como portadores de vigência de graus diferentes, enquanto a predição de que as normas programáticas são direito vigente se fundamente em precedentes unânimes ou duvidosos.

5 - Como norma programática vigente, mesmo que efetivamente ainda não aplicada, quando ela tenha sido recentemente promulgada, em se tendo razões para se predizer da sua aplicação futura.

Capítulo II

POSIÇÃO JUSFILOSÓFICA DE HANS KELSEN

1. Metodologia

Kelsen, filósofo vienense, elaborou uma teoria pura do direito, no sentido de um conhecimento apenas dirigido ao direito, excluindo tudo o que no seu entender, essencialmente, é estranho e não pertine de forma direta ao objeto da ciência jurídica. Quer isso dizer que sequer considerou os alegados possíveis fatores tematizados pela psicologia, pela sociologia, pela ética e pela teoria política, que pelas suas relações diretas ou indiretas - segundo outras correntes do pensamento jurídico, repercutem no direito. Preferiu Kelsen, “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”¹¹ como princípio fundamental.

2. Norma jurídica

Como ato de vontade de autoridade jurídica, a norma é um “dever-ser” no sentido de que ordena (proibindo/obligando), permite (facultando) uma determinada conduta humana ou confere poderes (competência). Constitui-se, a norma, para Kelsen, um ato de vontade em sentido subjetivo.

O sentido subjetivo de todo ato de vontade é um dever-ser, que já estando objetivamente fundado por uma norma válida anterior confere-lhe sentido objetivo. Configurados o dever-ser nos dois sentidos tem-se a norma.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra : A. Amado, 1976. p.17.

Normas jurídicas e proposições jurídicas não se confundem. Estas são apenas enunciados descritivos daquelas. Normas jurídicas não são asserções, são – conforme os seus comandos – prescrições (comando, imperativos, atribuições de poder ou competência) produzido por ato de vontade dos órgãos jurídicos.

3. Direito: ordem coativa

Ordenação da conduta humana, o Direito é um dos sistemas sociais normativos que disciplinam a ação dos indivíduos reagindo contra as situações socialmente indesejáveis, através do ato de coação, isto é, como um mal. Mas que é aplicado contra a vontade de seu destinatário. Neste sentido distingue-se das demais ordens coativas, vez que só o Direito é quem pode impor, valendo-se da força física por ele instituída, sanção à conduta oposta à prescrição, mesmo que o destinatário tente oferecer-lhe resistência.

4. Normas não-autônomas

Para Kelsen, como o direito é uma ordem coercitiva, infere-se, à primeira vista, que todas as normas jurídicas têm que estabelecer o ato coercitivo que funciona como sanção, em caso de ocorrência da conduta contrária à prescrita. Mas, na verdade não é bem assim, pois existem normas no sistema que não prevêm sanção. Quando isto ocorre é porque a sanção está fixada por outra norma. Àquela diz-se autônoma, esta não-autônoma. Ambas estão essencialmente ligadas entre si.

Assim, em que pese o direito ser uma ordem coercitiva, se bem que nem todas as suas normas estatuem atos de coerção, pode uma ordem jurídica ser caracterizada como ordem coativa, na medida em que todas as suas normas jurídicas que não fixem, elas próprias, um ato coercitivo, são normas não-autônomas, vez que tão somente têm validade em ligação com uma norma autônoma instituidora de um ato de coerção.

5. Validade

Por que uma norma vale? O que é que constitui o seu fundamento de validade? De plano, a idéia de norma válida significa que ela é vinculativa, que o indivíduo deve pautar sua conduta tal como prescrito pela norma. Pode-se dizer, numa tentativa de síntese do pensamento positivista de Kelsen, que uma norma vale, é tida como válida, porque posta como ato de vontade de autoridade jurídica competente, o seu enunciado em sentido objetivo (comando positivo ou proibitivo, permissão ou atribuição de poder ou competência), que vincula todos

os destinatários, encontra-se subjetivamente motivado e embasado por outra norma anterior, de enunciado igualmente objetivo, que lhe conferiu poder para, obedecendo certas condições (procedimento, conteúdo) estabelecidas neste ato normativo anterior, regular, também objetivamente, a conduta humana, além dos requisitos de a norma existir no plano do dever-ser, isto é, estar vigente, em vigência e em seu bojo trazer alguma possibilidade, mesmo ínfima de a conduta prescrita ser, real e efetivamente, observada na ordem do ser, isto é, seguida e obedecida no plano dos fatos, vale dizer, ser eficaz, ter um mínimo de eficácia.

Posta a noção de norma válida, impõe-se considerar a validade do sistema como um todo. A ordem jurídica é um sistema de normas cuja unidade da pluralidade de normas é constituída pelo fato de todas as normas terem o mesmo fundamento de validade. A validade de uma norma decorre de outra norma que lhe é hierarquicamente superior, que por sua vez já é válida em função do fundamento de validade extraído por outra norma superior, e assim sucessivamente até ser reconduzida a uma norma que fundamenta todo o sistema normativo. As normas que podem extrair seu fundamento de validade de uma mesma norma hierarquicamente superior pertencem a um sistema jurídico. Esta norma que fundamenta a validade de um sistema jurídico chama-se norma fundamental. Da norma fundamental decorre a validade de todo o ordenamento jurídico. Daí por que diz Kelsen que a norma fundamental é o fundamento último de validade do sistema e constitui a unidade da pluralidade das normas de um sistema.

Como toda norma válida é positivada por processo previsto pelo sistema e por autoridade competente também definido por normas, a cadeia de indagação da validade há de encontrar limite na norma fundamental que se pressupõe como última e mais elevada. Resulta, pois, a norma fundamental, de pressuposição lógico-transcendental, pensada pela razão humana para justificar a unidade e a validade dos sistemas jurídicos positivos. Como norma pensada, anterior à primeira constituição histórica, não é norma positivada, posta, mas pressuposta. Como norma pressuposta é ponto lógico de partida do processo de criação do direito positivo. Daí ser denominada de constituição no sentido lógico-jurídico, vez que não é conceito jurídico-positivo. A norma fundamental resulta de pressuposição do pensamento jurídico, no sentido de, numa construção teórica, assegurar, logicamente, o ordenamento jurídico a fundamentar sua validade em si mesmo, sem ter que recorrer a explicações fora do universo jurídico.

6. Vigência

A vigência de uma norma situa-se na ordem do dever-ser. Dizer que uma norma é vigente, está em vigor, fazendo uma transposição, só com finalidade

didática, para a ordem do ser, equivale a referir-se que a norma existe. A partir desse dado, na linha do pensamento kelseniano, vigência é a existência específica da regra do plano do dever-ser. Com efeito, a *existência* de uma norma positiva é a sua vigência.

7. Eficácia

É na ordem do ser, da realidade empírica, que ocorre a eficácia normativa. Eficácia é a situação fática de ser a norma efetivamente aplicada e observada, vale dizer, não é apenas o fato de ser a norma aplicada pelos tribunais, no sentido de aplicação de atos coercitivos tidos como sanção, mas também o cumprimento, a obediência da norma pelos membros do ordenamento. Pode perfeitamente se verificar a efetividade normativa impulsionada, não em função da norma jurídica, mas tendo em vista motivos de cunho moral, religioso etc. Tal ocorre quando a prescrição jurídica tem o mesmo sentido das normas morais, religiosas etc.

8. Validade/eficácia

A relação entre validade e efetividade é, como alude Kelsen, “apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma e o ser da realidade natural”¹². Para a Teoria Pura uma norma para ser válida há de ter um mínimo de eficácia, só que quanto a este *mínimo* de efetividade não são tecidas maiores referências no sentido de fornecer critérios de precisá-lo. De qualquer forma, eficácia é uma condição de validade. Eficácia e validade não são a mesma realidade. A condição não se identifica com o condicionado.

9. Indeterminação das normas

Kelsen considera que a norma é um esquema de interpretação da conduta humana. Ante a aplicação das normas deverá o aplicador precisar o sentido delas. Essa atividade do órgão aplicador chama-se de interpretação, que é exercida tendo em vista as normas não regularem a ação humana em todas as suas direções, em todos os seus multiformes aspectos de manifestação. Isso porque os esquemas interpretativos dos atos jurídicos do homem nunca são determinados de forma completa. Essa limitação é própria de toda relação que envolve comportamentos humanos.

Em função de tal condicionamento, sempre fica uma margem, maior ou menor, de possibilidade de indeterminação de conduta. Sugere Kelsen que as

¹² Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: A. Amado, 1976. p.292

regras sejam tomadas como quadro ou moldura, no sentido de que, ao se aplicar o direito, as decisões fiquem adstritas à moldura ou quadro. Agirão os intérpretes procurando preencher o esquema, o quadro, a moldura.

Como o problema é de interpretação, a solução se complica mais ainda, tendo em vista a inexistência, sob o ponto de vista da teoria pura, de princípios de direito positivo que impliquem, necessariamente, em uma decisão mais *correta, certa, precisa*. Quanto a esse aspecto Kelsen é taxativo em afirmar que proferida uma norma individual, não significa que ela é a única possível depreendida da norma geral, mas que se trata, apenas, de uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura em quadro da regra geral.

Essa regra geral pode trazer uma indeterminação da conduta regulada intencional ou não intencional. No primeiro caso porque assim o quis o legislador, no segundo o fenômeno com a utilização, na formulação da norma, de vocábulos de sentido não muito claros; com a presunção de discrepância entre a vontade do legislador e a expressão da norma; com a ausência de correspondência entre o acordado pelas partes e o que como tal consta no instrumento do negócio jurídico etc. Esse elenco de possibilidades, por si só, já evidencia a idéia de indeterminação a que alude Kelsen. Daí o seu ensinamento: "O Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível"¹³.

10. Aplicação da posição kelseniana às normas programáticas

Quanto à possibilidade de explicação do caráter normativo (validade) das normas programáticas à luz da concepção da teoria pura, cabem as seguintes considerações:

1. Em conclusão apressada talvez fosse possível se admitir que para Kelsen as normas programáticas podem ser consideradas como normas não-autônomas. Entretanto, refletindo-se mais sobre tal adequabilidade, não parece que assim o seja.

Como para o pensamento kelseneano o direito é uma ordem coercitiva, ante a existência comprovada, no sistema, de normas que não estabelecem, elas próprias, sanções à conduta contrária à prescrita, por coerência teórica, diz-se que estas são normas não-autônomas porque estão em essencial ligação com a norma autônoma que fixa o ato coercitivo que funciona como sanção. E esse

¹³ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 467.

aspecto de ligação da norma não-autônoma com a autônoma é, realmente, comum às cinco hipóteses catalogadas por Kelsen¹⁴ como casos típicos de normas não-autônomas. Em linhas gerais, assim, têm-se a abordagem da teoria no que se refere às normas não-autônomas.

Ora, se a tônica das normas não-autônomas é que a sanção para a conduta contrária prescrita situa-se em outra norma, isto é, na autônoma, no que tange às normas programáticas que não fixam sanção, em que norma autônoma estaria a sanção? Existirá sanção, por exemplo, para o legislador que faça emanar lei ordinária que discipline matéria de forma diametralmente oposta à consagrada nas normas constitucionais programáticas? Não se localizou, na pesquisa empreendida, sanção para tal conduta oposta à prescrita. Tal lei ordinária poderá, quando muito, ter sua constitucionalidade questionada, ou na terminologia kelseniana, é anulável, válida provisoriamente até que, consoante procedimento estabelecido pelo ordenamento jurídico, a mesma seja retirada do sistema. Consoante o conceito da teoria pura de que a sanção é aquela que é recebida como um mal, ante a eventual revogação da dita lei ordinária argüida de inconstitucionalidade, poder-se-á admitir que a revogabilidade dela representa um mal a quem o recebe – sanção, portanto?

Em se admitindo a revogação efetiva como a sanção, poder-se-á considerar as normas programáticas como normas não-autônomas, tendo em vista que a sanção, como aqui se está sugerindo, repousaria na norma que garante a revogabilidade de lei eivada de inconstitucionalidade? Não, pois implicaria em equiparação, contra a natureza, de institutos jurídicos diferentes. Sanção e revogação não se assemelham.

As normas programáticas por não fixarem sanção escapam da concepção kelseniana do direito como uma ordem normativa.

2. Em função do conceito de normas programáticas e da posição kelseniana, pode-se dizer que a validade de tais normas resulta da circunstância jurídica de que foram postas por autoridade competente, obedecendo ao procedimento estabelecido pelo ordenamento – fundamento extraído de hierarquia superior, portanto – bem como porque têm existência específica na ordem do dever-ser, isto é, estão vigentes e, também, são portadoras de um mínimo de eficácia. Considerados presentes estes elementos, à luz do positivismo de Kelsen, está explicada “*ipso facto*” a validade das normas programáticas.

¹⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 89-92.

3. Poderá ocorrer que o conteúdo das normas programáticas venha tornar-se efetivo na realidade fática, não propriamente em razão dos fins prescritos pelas normas programáticas, mas em função de que os destinatários normativos, por motivos sociais, éticos, religiosos, consuetudinários etc. já venham pautando seus atos no mesmo sentido dos programados.

4. As normas programáticas, de forma muito particular, em função da margem de indeterminação intencional da conduta regulada pelo legislador constitucional, constituir-se-ão em quadro ou moldura, vez que os destinatários normativos assim passarão a nortear ou conduzir as atividades do Estado.

Capítulo III

POSIÇÃO JUSFILOSÓFICA DE H.L.A. HART

1. Metodologia

O filósofo inglês H. L. Hart, em sua obra *‘O conceito de direito’*, propõe-se, apenas, a aclarar a estrutura geral do pensamento jurídico, afastando, de plano, qualquer idéia de crítica ou de política do direito. Por isso, sua posição é meramente analítica.

O cerne de seu pensamento é estruturado a partir da divisão que estabelece entre ponto de vista interno e ponto de vista externo, como necessário e indispensável à compreensão da estrutura, não só do direito, mas, também, de qualquer forma de controle social.

2. Aspectos interno e externo das regras

Em todas as regras de condutas cumpre distinguir dois planos: o ponto de vista interno e o externo. Os enunciados que são feitos sobre o direito como sistema de regras de conduta tanto se referem ao aspecto interno como ao ponto de vista externo.

Do ponto de vista interno são as asserções levadas a efeito pelas pessoas, no sentido de que estão submissas às regras, como membros do grupo social que as aceitam e as utilizam como pauta de conduta, enquanto que o do ponto de vista externo são as afirmações de algum observador que não faz parte do corpo social disciplinado pelas regras. Não há, aqui, aceitação, mas apenas, descrição de como o aspecto interno das regras é vivido pelos membros da sociedade. Já no ponto de vista interno a afirmativa não se limita a registrar e discorrer a conduta que se conformiza às regras, mas as usa como critério ou pauta para

valorar a conduta de quem assim se refere às regras e dos demais membros do corpo social. Esta distinção preside toda a posição jusfilosófica de Hart.

3. Regras primárias e secundárias

O sistema jurídico é explicado por Hart como uma união de regras básicas primárias de obrigação e regras secundárias. As regras primárias são as que prescrevem a conduta, por ação ou omissão que deverão ter as pessoas cujas regras, do ponto de vista interno, se destinam – impõem deveres, portanto. As secundárias dependem, em certo sentido, das primárias, daí por que são secundárias em relação a estas. Estabelecem as regras secundárias como aplicar, introduzir, modificar ou extinguir regras primárias e seus efeitos, bem como o “modus” de controle destas, além de, paralelamente, a tais comandos, instituírem a sanção. Este tipo de regra confere, como se depreende, competências e poderes públicos e privados.

Como subdivisão das secundárias, admite Hart regras de câmbio, regras de adjudicação e regras de reconhecimento. Pelas regras de câmbio é facultado aos indivíduos ou corpo de indivíduos assegurar o dinamismo do sistema jurídico: introdução, modificação, derrogação das regras primárias por via legislativa, especificam as pessoas ou órgãos competentes para prática de atos jurídicos, ditam o procedimento da atividade legislativa. Por sua vez, as regras de adjudicação asseguram que em caso de transgressão das primárias, são aplicadas, adjudicadas as sanções do sistema. Essa é a idéia central das regras de adjudicação que, também, indicam as pessoas competentes para o julgamento da transgressão, bem como o procedimento judicial, além de, a exemplo das demais regras secundárias, fixarem certos conceitos jurídicos, tais como, juízes, tribunal, jurisdição, sentença etc. As regras de reconhecimento, por estarem intimamente relacionadas com o conceito hartiano de validade, serão tratadas em separado.

4. Regras de reconhecimento e validade

As regras de reconhecimento são aquelas que fixam os pressupostos ou requisitos para existência válida das regras primárias. É esta a finalidade das regras de reconhecimento, conforme expõe Hart, para quem o conceito de validade de uma regra é extraído a partir das regras de reconhecimento. Poder-se-á dizer que sua correta denominação é regra secundária de reconhecimento de validade da regra primária, como também é correta, abreviadamente, chamá-la, apenas, regra de reconhecimento.

A utilização de regras de reconhecimento para identificação das normas válidas do sistema, na linha do pensamento hartiano, é própria de quem alude às regras sob o ponto de vista interno, de uma vez que quem as usa expressa sua própria aceitação como pauta de conduta. Tanto é assim que ao valer-se das regras de reconhecimento o faz através de linguagem diferente das expressões daqueles que a elas se referem no aspecto externo. Estes dizem “na França reconhecem como direito que...”, aqueles afirmam “o direito dispõe que...”. Assim, a regra de reconhecimento é, pois, usada por pessoas que no aspecto interno das regras, referem-se às regras para enunciar as normas que constituem o ordenamento jurídico do ponto de vista interno. Essas pessoas são os juízes, desembargadores, demais funcionários estatais, particulares e seus assessores, ante a eventual necessidade de precisarem a validade de uma regra, que, ao assim procederem, caracterizam um processo reconhecedor típico do ponto de vista interno, pois implicará na aceitação das regras de reconhecimento como fundamento de validade das normas. Daí por que a conclusão de que a regra é válida expressar-se-á através de enunciados internos e será usada por quem a aplica ao reconhecê-la como válida.

Na grande maioria dos sistemas jurídicos a regra de reconhecimento não figura expressamente, sua existência – como questão de fato, admite Hart – evidencia-se no “modus” como as regras, em cada caso concreto, são declaradas válidas pelos órgãos jurisdicionais, demais órgãos estatais e particulares.

Nos sistemas jurídicos em que a regra de reconhecimento não é formulada expressamente, saber quais são as regras de reconhecimento de validade importa investigar a maneira como, na prática, as normas são identificadas pelos tribunais, no que pertine, exclusivamente, aos critérios que, a contento, foram levados em consideração para tanto. Os utilizados pelos órgãos jurisdicionais gozam, quanto ao mérito, do “status” especial de *autoridade*, em relação aos demais.

Em função dos critérios consagrados, expressamente ou não, para identificação das normas válidas de um sistema jurídico, podem existir várias regras de reconhecimento. Esses critérios, dependendo da complexidade do sistema jurídico, exemplificadamente, podem se referir a: a) uma constituição escrita; b) sanção legislativa; c) vigência consuetudinária; d) relação com decisões judiciais já transitadas em julgado (precedentes judiciais); e) declaração de determinadas pessoas competentes; f) eficácia; g) emanção por certos órgãos, etc.

Com vistas a evitar conflitos, as regras de reconhecimento são hierarquizadas em uma ordem de subordinação e relativa primazia, ensejando uma que fixará o

critério supremo, vez que é o hierarquicamente superior e que os outros lhe estão subordinados. Por fixar os critérios de validade de regras, Hart chama as regras de reconhecimento de regras *últimas* do sistema.

Como última regra do sistema, face sua existência fática, a regra de reconhecimento *se dá por admitida* porque é efetivamente aceita e aplicada pelos juízes e tribunais para o funcionamento geral do sistema. Daí sua existência ser uma questão de fato.

Como a validade das normas decorre da regra de reconhecimento “decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla de sistema”¹⁵.

5. “Standards”

Na concepção hartiana, as regras são pautas de conduta para os indivíduos que, do ponto de vista interno, passarão a submeter-se a elas; ação humana tal como foi disciplinada na pauta será obedecida pelos membros do corpo social.

Por vezes, entretanto, as mutações da ação humana são tão grandes que se torna, de fato, impossível prever juridicamente, por antecipação, todas as esferas de dinamismo da conduta humana. Precisar, com segurança, é impossível para as regras. Para suprir isso, a regra passa a exigir que a conduta seja pautada dentro de certos “standards” por ela fixados, em que os membros do grupo social passarão a nortear seus comportamentos a partir dos “standards” estabelecidos.

Neste caso, as regras delegam que um órgão emane outras regras mais específicas, especiais, possibilitam que os indivíduos, com maior margem de segurança, não se afastem dos “standards”.

6. Aplicação da teoria às normas programáticas

Em função do conceito de validade das normas como o concebe Hart, as normas programáticas têm seu caráter normativo, à luz da posição desse filósofo, explicado pelos seguintes fundamentos:

1 - As normas programáticas estabelecem fins que informarão toda a atividade do Estado. Estes fins, nas funções estatais, são perseguidos nos atos normativos, no sentido de que estes não podem dispor de forma diferente do programado como meta a ser atingida. Considerando esse o conceito de normas

¹⁵ HART, Herbert Lionel Adolphus. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. 2 ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1977, p. 129.

programáticas, temos que elas estabelecem critérios que não podem ser contrariados, sob pena de invalidade. Em assim sendo, tem-se que elas funcionam com regras secundárias de reconhecimento de validade das normas primárias, isto porque estas para serem válidas devem satisfazer o requisito fixado naquelas. Regra primária que imponha obrigação dissonante de algum critério de reconhecimento de validade determinado por regra secundária, se configurará como norma inválida, não sendo, pois, regra de sistema no aspecto interno. O fato de a norma programática ser expressa no sistema não significa, por isso, que ela não funcione como regra de reconhecimento, pois Hart apenas informa que na maioria dos sistemas jurídicos a regra não é expressa, o que se depreende, logicamente, que em algum sistema é expressamente prevista. Relevante é – quer expressa, quer não – que a norma programática tenha a sua aceitação, pelos tribunais, efetivamente caracterizada. Em sendo aceita e aplicada como regra de reconhecimento de validade é o que importa. Por isso, não obsta, em termos de Hart, que a norma programática, de fato, seja tida pelos órgãos jurisdicionais como regra de reconhecimento.

2 - Na medida em que as normas programáticas fixam princípios ou programas a serem ulteriormente desenvolvidos, caracterizam-se como "standards", dentro dos quais o dinamismo das várias áreas imprevisíveis da ação humana deverão, no aspecto interno, se pautar.

Capítulo IV

POSIÇÃO JUSFILOSÓFICA DE TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR

1. Metodologia

Propõe-se Tércio Ferraz a abordar o direito enquanto este necessita, na sua existência, da linguagem. A investigação não é de lingüística, mas do ponto de vista da teoria geral do direito, porém ao nível lingüístico, considerando, pois, a norma jurídica a partir de uma situação comunicativa normativa, como um discurso, qual seja, um discurso normativo.

Como o enfoque é a partir da comunicação, há uma delimitação da abordagem a, apenas, uma das espécies de análise que a semiologia jurídica sugere: a pragmática da comunicação jurídico-normativa, ou, mais simplesmente, pragmática jurídica, tendo como objeto central da análise o discurso jurídico pelos seus usuários.

Para tal empresa, o princípio da integração preside toda a abordagem e, instrumentalmente, utiliza-se Tércio Ferraz de todas as propriedades pragmáticas fundamentais do discurso, tais como, elementos do discurso (orador ou emissor, endereçado ou receptor e mensagem ou objeto, este como “questio certa” ou “questio dubia”), formas de expressão do discurso (digital ou analógica), níveis do discurso (relato e cometimento), tipos de discurso (discurso-com e discurso-contra), estrutura do discurso (dialógica e monológica), relações conseqüentes do discurso (simetria ou homologia e heterologia ou meta-complementaridade), estratégia do discurso (convicção e persuasão), além da adoção do modelo operacional discursivo da pergunta e da resposta, como também da opção pelo discurso fundamentante ou racional informado pela regra geral do dever de prova que impõe ao orador provar o que afirma e que o endereçado exige do emissor cumprimento dessa obrigação. Isso não significa que os agentes ocupem na situação comunicativa papéis fixos e predeterminados. Ao contrário, são substituíveis, dependendo da posição de cada um no curso da situação comunicativa interacional, de tal forma que o “onus probandi” pode ser obrigação tanto de um como de outro usuário, como, por exemplo, o discurso processual.

Em que pese a explicação do discurso normativo, à luz da pragmática, valer-se do instrumental terminológico dos demais tipos de discursos, a situação comunicativa normativa reúne características ambíguas peculiares, em função da introdução de um terceiro agente, o comunicador normativo, com a finalidade de, tendo em vista a interrupção conflitiva da comunicação, não resolver os conflitos surgidos na interação, mas de institucionalizá-los; os conflitos não serão eliminados, serão apenas encerrados, é posto um fim neles. É para isso que surge o comunicador normativo, que na situação comunicativa goza de uma posição privilegiada em relação aos demais comunicadores sociais, no sentido de que a decisão que encerra o conflito passa a valer independentemente das expectativas dos endereçados, pelo que ela é contra-fática, permanecendo e produzindo efeitos, mesmo que os endereçados insistam em desiludi-la. Como contra-fática, o comunicador normativo tem garantida sua expectativa, o que configura sua posição meta-complementar em relação aos comunicadores sociais.

2. Norma jurídica

Tércio Ferraz denomina o comunicador normativo de norma jurídica, como um sinal de ligação entre as posições dos endereçados normativos. Por institucionalizar o conflito surgido na situação comunicativa interativa, a norma

jurídica é uma decisão que assegura que certas decisões serão levadas a efeito. Estabelece, pois, a norma jurídica controles, vale dizer, pré-decisões que fixam outras decisões. Como decisão que é, está isenta do dever de prova pelo que afirmar, o que manifesta a sua posição de meta-complementaridade.

A relação meta-complementar da norma, como autoridade contra-fática face aos endereçados normativos, sujeitos da situação comunicativa conflitiva, se manifesta, no nível do cometimento do discurso normativo, que, aqui, tende a se digitalizar, digitalização esta que vem verbalizada pelos operadores normativos (obrigatório que, proibido que, permitido que; este último functor também encerra meta-complementaridade, no sentido de que tem que se acertar a relação de simetria imposta) .

Quanto ao relato da norma, não há dificuldade de identificação: é a informação transmitida no enunciado da norma, inclusive a ameaça de sanção. E o relato é dialógico para os sujeitos, endereçados normativos, no sentido de que podem os comunicadores sociais discuti-lo. O aspecto monológico do discurso normativo está no cometimento, vez que os sujeitos não podem questioná-lo. Os sujeitos são convidados a questionar o relato da norma, ao mesmo tempo que lhes é vedado assim proceder quanto ao cometimento. Daí que no relato a norma é um “dubium” e um “certum” no cometimento. São, entre outras, situações ambíguas próprias do discurso normativo.

3. Validade

A literatura jurídica mostra que a abordagem dos controvertidos temas da validade, da eficácia e de imperatividade, tal como é feita pela teoria tradicional, está motivada em função do problema do controle das situações normativas.

Como a pragmática adota a interação como princípio diretor, o aspecto do controle da interação entre a autoridade (editor normativo) e os sujeitos (endereçados, comunicadores sociais), na situação normativa interacional, a validade se expressa como uma propriedade interacional. E assim é porque a autoridade, pondo fim às situações conflitivas surgidas entre os sujeitos, sendo contra-fática, quer sempre manter a sua posição de meta-complementaridade. Daí o objetivo da autoridade de manter *controlada* a situação normativa. É objetivo da autoridade que os endereçados a obedeçam, a respeitem, porque, assim, com tal comportamento, ela se manterá, meta-complementarmente, como autoridade, sempre.

A autoridade se manterá como tal, na medida em que for capaz de se manter imune aos eventuais comportamentos críticos dos sujeitos em relação a ela,

enquanto autoridade. Esta possibilidade de imunização da autoridade designa a idéia de validade.

Para a pragmática, a validade é uma relação de imunização. Como o interesse da autoridade é manter-se meta-complementarmente e a meta-complementaridade se verifica no cometimento da norma, o cometimento é que fica imune à crítica. A imunização do cometimento denomina-se validade. Assim, para Tércio Ferraz, “validade é uma propriedade do discurso normativo que exprime uma conexão de imunização”¹⁶. Nestes termos, diz-se válida a norma cujo aspecto cometimento não está apenas definido como meta-complementar, mas está imunizado contra críticas e pelo relato de uma norma que o cometimento de outra norma é imunizado. Imunização é, pois, uma relação entre o aspecto-relato de uma norma e o aspecto-cometimento de outra norma. Que uma relação meta-complementar está imunizada significa que o editor já se definiu como superior, não necessitando demonstrar razões para tal.

4. Técnicas de validação

Como a validade é uma relação entre normas, duas normas são necessárias para que ocorra a imunização. Uma norma é a imunizante, a outra, a imunizada. A primeira, pelo seu relato, imuniza o cometimento da outra.

Duas são as técnicas de imunização admitidas pela pragmática: pela disciplina da edição e pela fixação do relato. Valendo-se de uma terminologia cibernética, Tércio Ferraz, chama a primeira técnica de validação ou imunização de programação condicional e a segunda, de programação finalística. Tanto numa como noutra, o conceito de validade não se altera, permanece o mesmo.

No primeiro caso, programação condicional, o relato da norma imunizante disciplina a emanção de outras normas que serão imunizadas no aspecto-cometimento. Nesta técnica de validação, há restrição dos meios aos previstos pelo relato da norma imunizante, sendo irrelevantes os efeitos atingidos. Esta via é apropriada aos procedimentos de delegação de poderes e a validade se contida hierarquicamente, pelo que cabe dizer, aqui, a norma inferior tem seu fundamento de validade em norma superior.

No modo de validação por programação finalística, a norma imunizante delimita o conteúdo do relato da norma imunizada, no sentido de que são fixados os fins a serem atingidos pela norma imunizada, mas a validade continua a ser a

¹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro : Forense, 1978, p. 106.

relação entre o aspecto-relato da norma imunizante e o aspecto-cometimento da norma imunizada. Nesta técnica, não há disciplina de edição de outra norma; o que se verifica é a determinação dos fins a serem atingidos. Há uma liberdade na escolha dos meios com vistas à realização da finalidade programada. Relevantes, aqui, são os aspectos finalísticos.

Dar-se-á o fenômeno pragmático da imunização, ou validade, quando há concorrências das duas técnicas da validação, caso que, em sendo contrário, a norma será inválida.

Postas estas considerações, tem-se, para Tércio Ferraz, que validade é uma relação de imunização do cometimento da norma imunizada, pelo relato da norma imunizante, o que significa, em outros termos mais simplórios, a exigência de que o sujeito tenha o comportamento regulado, vale dizer, é uma relação da imunização, de garantia de exigibilidade da conduta dos endereçados normativos, face ao editor.

5. Efetividade

Como a validade é uma relação de imunização entre normas, é impossível a identificação de uma norma como válida, considerando-a apenas isoladamente. Já quanto à efetividade nada obsta que se possa saber se uma norma isolada é efetiva. E assim o é porque efetividade é uma relação entre o relato e o cometimento de uma mesma norma. É uma relação de adequação. Adequação entre o relato e o cometimento da mesma norma.

Em função da ser a interação o princípio informador da pragmática, diz-se que uma situação normativa é eficaz, é dotada de efetividade, quando tal situação normativa é bem sucedida. A noção de efetividade, na pragmática, está ligada à noção de sucesso, onde a comunicação, no discurso normativo, é realizada com sucesso, bem sucedida. Daí efetividade ser uma relação de adequação entre o relato e o cometimento de uma mesma norma. As normas são tanto mais efetivas quanto mais isto é levado a efeito, o que enseja, simplificadamente, que as normas efetivas são as normas obedecidas, mas – importa ressaltar – a obediência é consequência e não a própria efetividade com a qual não se confunde.

Sob o ponto de vista da pragmática, a efetividade admite graus; pode, pragmaticamente, falar-se em norma mais ou menos efetiva, o que é inadmissível em termos de validade. Quanto mais a adequação entre o relato e o cometimento da norma for maior, ter-se-á, “ ipso facto”, um maior grau de efetividade. Isso pode ocorrer tendo em vista a adequação depender de condições de aplicabilidade. Tanto é assim que, por exemplo, a) nas normas plenamente eficazes, o relato é

inteiramente adequado ao cometimento: a meta-complementaridade não é restringida; b) nas normas de eficácia contida, a adequação é parcial, a relação meta-complementar autoridade/sujeito sofre as restrições por elas mesmas impostas; c) nas normas limitadamente eficazes, a possibilidade de produção de efeitos é mediata, dependente de ulterior normação integrativa, eis que a adequação está à beira da inadequação, pelo que a relação de meta-complementaridade apenas é exercida de forma negativa, isto é, é possível reconhecer o que o endereçado normativo não deve fazer, porém não o que, positivamente, ele está obrigado a fazer.

No entendimento de Tércio Ferraz, a efetividade é, pois, uma relação de adequação entre o relato e o cometimento, como garantia da possibilidade de obediência, enquanto que validade é garantia da possibilidade de exigibilidade do comportamento. A relação entre validade e efetividade para ser, pragmaticamente, delineada, necessário se faz que se utilize outro conceito, qual seja, o da imperatividade.

6. Imperatividade

A noção de imperatividade, grosso modo, enseja a possibilidade de vinculação, de obrigatoriedade da conduta regulada, de *força de lei*. A idéia de obrigatoriedade de cumprimento de uma ordem (heterologia) ocorre na pragmática em função da relação de meta-complementaridade expressada no cometimento da norma. Por isso, na concepção de Tércio Ferraz, a imperatividade do sistema normativo é explicada a partir dos cometimentos de normas. Assim, a imperatividade é uma relação entre o aspecto cometimento de uma norma e o aspecto cometimento de outra.

Da mesma forma que a validade e a efetividade, a imperatividade não é algo ontológico às normas, mas uma qualidade, propriedade ou atributo que decorre da interação do discurso normativo. É uma qualidade pragmática do discurso normativo que se verifica entre cometimentos, através da qual a norma se adapta a mudanças e desvios. Desvios previstos e não previstos pela ordenação jurídica. Os previamente admitidos fazem com que – aplicando sanções, medidas disciplinares, declarando nulidades, por exemplo – a norma adapte-se à situação, retornando à normalidade. Em outro nível pode ocorrer desvio do padrão normativo não previsto e, mesmo assim, subsiste a imperatividade, pois o sistema normativo, via imperatividade, tem a qualidade de adaptar-se às mudanças. Essa adaptação a mudanças e desvios do padrão normativo se dá porque a ordenação jurídica *calibra* a si própria. Daí por que a pragmática define a

imperatividade não só como uma mera relação entre cometimentos de normas, mas uma relação de calibração, vez que pela relação de calibração a imperatividade tem a qualidade pragmática de manter a constância das variações de situações interacionais previstas ou não previstas pelo padrão normativo.

A imperatividade significa regulação (calibração), ou seja, “enumerado das possibilidades admitidas de variações ao nível de relação, num determinado âmbito”¹⁷. Logo, uma norma é obrigatória quando tem força vinculante; significa que as variações de possibilidades estão vinculadas por regulação ou calibração em que se calca a imperatividade.

Como a imperatividade é uma relação entre cometimentos, ela não toma forma digital, inexistem numa cadeia normativa, enunciados cujo conteúdo a preveja. Não há normas que estabeleçam a imperatividade. A calibração do sistema é que a mantém. Tanto é assim que a imperatividade se revela como regulação (calibração), como em conjunto de regras responsáveis pelas relações entre a autoridade e o sujeito.

Ocorre o fenômeno de calibração quando há uma mudança no padrão de funcionamento do sistema, que se numa relação normativa meramente sintático-linear, resultaria em norma inválida. Mas sob o ponto de vista pragmático tal não ocorre, para as regras que calibram o sistema não constituem um corpo normativo linear e unitário. Ao contrário, elas figuram no sistema de forma esparsa, *espalhadas*, possibilitando um relacionamento com todo o sistema, de forma circular e entrecruzada. Isto se explica, porque a interação é o princípio diretor da abordagem pragmática.

À luz da pragmática, a imperatividade repousa, pois, na calibração do sistema, no sentido de que através de regras está sempre regulando as possibilidades de mudança de padrão do sistema e mantendo, sempre, a relação de meta-complementaridade.

7. Sistema normativo aberto

O sistema normativo jurídico, tal como o concebe a pragmática, não se configura como de tipo cerrado, vez que está em uma constante relação de importações e exportações de informações de outros sistemas. Para a pragmática, o sistema jurídico não se compõe só de normas positivadas, mas também de princípios e regras que são albergados por ele, no sentido de que, quando há

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.*, p. 133.

calibração, tais princípios e regras são introduzidos como normas para a solução dos conflitos surgidos na situação comunicativa normativa. Está o sistema sempre disponível para receber novos padrões de funcionamento. Não se reduz só a normas positivas. Daí ser considerado como sistema de tipo aberto.

Essa abertura não significa que o sistema seja um emaranhado caótico de normas. Não é bem assim, pois a coesão do sistema é garantida pelas relações de imunização e de produção de certas relações (exigência e obediência). Estas relações, por sua vez, são reguladas pelas regras de calibração do sistema, que constituem a imperatividade do sistema normativo jurídico.

A título de exemplo, figuram como fonte perene de calibração do sistema o princípio da equidade, os princípios gerais do direito, enfim, todos os princípios jurídicos. Estes, introduzidos no sistema pelas regras de calibração, podem ensejar, como o sistema é aberto, várias normas-origens que darão início a várias cadeias normativas, que em si não serão válidas nem inválidas, mas, apenas, efetivas, pelo que conclui Tércio Ferraz, comungando com Capella, “que o critério de validade de uma norma é a efetividade e não a validade da norma que regula o ato de sua edição (normas-origens não são autoválidas)”¹⁸. Nesta linha de raciocínio, em última análise, tem-se que a efetividade funda-se na imperatividade, vez que esta calibra a relação entre validade e efetividade.

Podem coexistir no sistema, pela calibração, várias normas-origens. Estas, dando início a cadeias normativas, constituirão, no sistema, diversos subsistemas, de cujas normas-origens surgirão normas derivadas (cadeia normativas). Normas-origens, entre si, podem ser inválidas, porém, em si não são válidas nem inválidas, mas efetivas. Por sua vez, as normas derivadas das normas-origens, em relação às suas originárias, são válidas, podendo ser inválidas face a outras normas-origens. Em si, as normas derivadas são efetivadas ou inefetivas, mas sua inefetividade afeta a validade das normas-origens, vez que, para a pragmática, o critério de validade é a efetividade.

Inválidas podem ser, entre si, as normas origens. Isso, por si só, explica que o sistema jurídico alberga normas válidas e inválidas. Oportuno observar que a norma válida não é a antítese lógica da norma inválida. São entes diferentes, mas não negação lógica. Validade, repetindo, é a relação de imunização do cometimento de uma norma pelo relato de outra. Na invalidade também ocorre imunização, mas não por outra norma, porém pelas regras de calibração do sistema.

¹⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *op. cit.*, p.142.

Cabe ressaltar que, dentro do sistema, consoante exposto, as normas sejam classificáveis em normas-origens, normas derivadas imunizantes e normas derivadas imunizadas (estas, as do limite da cadeia). Assim, toda norma-origem é uma norma imunizante, porém nem toda norma imunizante é norma-origem; toda norma derivada limite da cadeia normativa é apenas imunizada.

Finalmente, impõe-se registrar que o fundamento último do sistema normativo (legitimidade) repousa na ideologia.

8. Aplicação da teoria às normas programáticas

A concepção pragmática do direito presta-se para explicar o caráter normativo(validade) das normas programáticas nos seguintes aspectos:

1. Como técnica de imunização por programação finalística, no sentido de que a norma programática impõe os fins a serem atingidos pela atividade do Estado. A norma programática imunizante, em seu relato, delimita o relato do ato normativo imunizado. O conteúdo do relato deste é fixado, “a priori”, pelo relato daquela. É nisto, para a pragmática, que consiste o modo de validade denominado programação finalística. E isso se aplica às normas programáticas, tendo em vista que estas, ao fixarem os programas a serem cumpridos pelos órgãos estatais, estão caracterizando, exatamente, a técnica de imunização de programação finalística. Tanto é assim que qualquer ato normativo a ser editado, para que seja válido no sentido de assegurar a posição meta-complementar de seu editor, não pode contrariar, no conteúdo do seu relato, o que for determinado no relato da norma programática imunizante. Só assim estará garantida a possibilidade de exigência do comportamento regulado, como finalidade fixada nas normas programáticas, ou, em outros termos, constituída estará a relação de imunização entre o cometimento do ato normativo imunizado, com a determinação do conteúdo do seu relato, e o relato da norma programática imunizante.

2. Na gradação da efetividade, tendo em vista que as normas programáticas são, na classificação de José Afonso da Silva, limitadamente eficazes, como a pragmática admite graus de efetividade, temos nas normas programáticas um caso típico de grau pequeno de efetividade, pois a relação de adequação entre o relato e o cometimento da norma programática não se deu em plenitude, vez que o legislador, propositadamente, preferiu que ato normativo ulterior estabelecesse melhor tal adequabilidade. Tanto as normas programáticas são efetivas em grau reduzido, que a relação de adequação entre o seu relato e o seu cometimento é tão tênue que está quase à beira da inadequação. É prova disso a relação de meta-complementaridade, que apenas é exercida de forma negativa, melhor dizendo, apenas é possível reconhecer o que o endereçado normativo, ao obedecer

o editor, não deve fazer, porém não o que o comunicador social está obrigado a fazer. Isto porque, na relação de adequação, falta, por deliberação do legislador, ou sujeitos, ou condições de aplicação que não estão especificados. Por isso, a adequabilidade entre o relato e o cometimento tem sucesso pleno e há efetividade em grau reduzido.

3. Como calibração do sistema, vez que as normas programáticas, por trazerem em seu bojo princípios tornados normas, podem funcionar como regras de calibração do sistema, no sentido de que em ocorrendo desvio no padrão normativo, os princípios nelas consagrados poderão passar a regular (calibração), como novo padrão, várias possibilidades de situações interacionais introduzidas, por calibração, na ordenação jurídica. Afigura-se assim, porque tomados os princípios programados, eles, como princípios que são, adaptarão, em outro padrão, as mudanças operadas na ordem jurídica, sem que implique em alteração da posição de meta-complementaridade do editor normativo, caracterizando, pois, o fenômeno da retro-alimentação negativa (mantendo o sistema). As normas programáticas, ao lado da jurisprudência, dos princípios gerais do direito, do princípio de equidade, entre outros, são, pois, fontes de regras de calibração, tal como concebe a pragmática.

4. Como normas-origens, introduzidas pelas regras de calibração no sistema normativo aberto, as normas programáticas darão ensejo a uma cadeia normativa, como subsistema do sistema jurídico. Convertida pela calibração em norma origem, os princípios tornados normas nas leis programáticas, em relação às demais normas-origens, tal norma-origem poderá ser válida ou inválida, entretanto, em si mesma, ela não é válida nem inválida, mas apenas efetiva, cujo fundamento último repousa na imperatividade. O subsistema ou cadeia normativa surgida dos princípios programáticos convertidos em norma-origem é constituído pelas normas derivadas, que são válidas em face à norma de onde se originou, podendo ser inválidas em relação a outras normas-origens do sistema. Vez que para a pragmática, a validade é efetividade, a validade (efetividade) da norma programática introduzida no sistema, pela calibração, como norma-origem, poderá ser afetada na medida em que suas normas derivadas tornem-se inefetivas. Como normas-origens que são, os princípios programáticos admitidos como regras de calibração imunizam toda a cadeia normativa de normas derivadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre as posições jusfilosóficas abordadas, a de Tércio Sampaio Ferraz é a que melhor explica o objetivo central estudado no presente trabalho. Tanto é

assim que devem considerar-se como conclusões deste ensaio todas as inferências que se defluem da pragmática da comunicação normativa, tal como aqui sintetizada. Não é desmotivadamente que se comunga com o pensamento jurídico de Tércio Ferraz.

É que o ordenamento jurídico não se reduz, apenas, às normas. As normas fazem parte da ordem jurídica, mas o ordenamento jurídico não se limita só às normas. Outros elementos, conquanto não se expressem normativamente, também compõem a ordenação jurídica de um povo. Esses elementos, tais como os conceitos jurídicos, a doutrina, os princípios jurídicos, o ideal de justiça, integram o universo jurídico. Reduzir o Direito às normas implica *desconfirmar* o papel importante que tais elementos, ainda não transformados em normas, exerceram, estão exercendo e continuarão a exercer na aplicação do “jus dicere”. De certa forma, a esse reducionismo chegaram, por trilhos diferentes, Hart, Kelsen e Ross.

Desta feita, o grande mérito do pensamento jusfilosófico de Tércio Ferraz reside em admitir o sistema jurídico como de tipo aberto a todas as informações dos princípios, da doutrina etc., como também às mensagens de outros sistemas.

Segue-se, portanto, que a pragmática jurídica – por albergar em seu bojo, via regras de calibração, os elementos que até então normativamente não integraram o sistema jurídico – é a posição jusfilosófica que fundamente explica o caráter normativo (validade) das regras programáticas.

BIBLIOGRAFIA

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro : Forense, 1978.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió. 2.ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1977.
- KELSEN, Hans. Una teoría realista y la teoría pura del derecho. Observaciones a Alf Ross: sobre el derecho y la justicia. In: _____. *Contribuciones a la teoría pura del derecho*. Traducción de Eduardo Vázquez. Buenos Aires : Centro Editor de America Latina, 1969.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra : A. Amado, 1976.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1970. Tomo I.

- RAMÓN CAPELLA, Juan. *El derecho como lenguaje*. Barcelona : Ariel, 1968.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Traducción de Genaro R. Carrió. 4. ed. Buenos Aires : Eudeba, 1977.
- _____. Sobre la auto-referencia y un difícil problema de derecho constitucional. In: _____. *El concepto de validez y otros ensayos*. Traducción por Eugenio Bulygin Ernesto Garzán Valdés. Buenos Aires : Centro Editor de America Latina, 1969.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.
- WRIGHT, Georg Henrik Von. *Norma y acción: una investigación lógica*. Traducción por Pedro Garcia Ferrero. Madrid : Tecnos, 1970.